

N. 04970/2012REG.PROV.COLL.
N. 07199/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7199 del 2011, proposto da:

Tekneko Sistemi Ecologici Srl in proprio e quale Mandataria Costituenda Ati, Ati Cogesa S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Elena Guiducci, Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta in Roma, piazza della Libertà, 20; Ati Pavind Srl;

contro

Comune di Pratola Peligna, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Referza, con domicilio eletto presso Antonio Ruggero Bianchi in Roma, via Leonardo Greppi N.77;

nei confronti di

Diodoro Ecologia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Anna Paolizzi, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13; Ecologia Falzarano S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00291/2011, resa tra le parti, concernente affidamento servizi

municipalizzati di nettezza urbana

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pratola Peligna e di Diodoro Ecologia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Ruta, Bianchi, per delega dell'Avv. Referza, e Carello, per delega dell'Avv. Paolizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando in data 11 febbraio 2010, il Comune di Pratola Peligna ha indetto una selezione mediante procedura ristretta per l'affidamento dei servizi municipalizzati di nettezza urbana.

All'esito del procedimento è risultata vincitrice la società Diodoro Ecologia s.r.l. con punti 97 , mentre al secondo posto si è classificata la società Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l., con punti 95.

Con ricorso proposto davanti al T.A.R. Abruzzo, Tekneko ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara e gli atti ad esso presupposti chiedendone l'annullamento

Nel giudizio di prime cure si sono costituiti il Comune di Pratola e la controinteressata Diodoro Ecologia, la quale ha altresì proposto ricorso incidentale.

Con sentenza 11 maggio 2011 n. 291, il T.A.R. Abruzzo ha respinto il ricorso proposto da Tekneko, dichiarandolo in parte inammissibile ed in parte infondato, ed ha contestualmente dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto da Diodoro.

Avverso detta sentenza Tekneko ha quindi interposto l'odierno appello

chiedendone l'integrale riforma , con conseguente annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore concluso.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Pratola Peligna che Diodoro Ecologia s.r.l., chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Con specifiche memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Tekneko si duole dell'omessa esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, per non aver prodotto la dichiarazione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 relativa all'istitutore della società ausiliaria Ecologia Falzarano.

Assume, al riguardo, che l'attribuzione all'istitutore di amplissimi e rilevanti poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, avrebbe obbligato la Diodoro Ecologia a presentare la predetta dichiarazione anche per tale soggetto, atteso che la lex specialis di gara prevedeva, a pena di esclusione, che "alla domanda deve essere allegata la dichiarazione sostitutiva relativa alla fattispecie di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs 163/2006 fatta dai soggetti indicati negli stessi commi" (in questi termini l'art. III.2.1 del bando, l'art. 3 della lettera di invito e l'art. 7.5 del disciplinare di gara).

1.1. La censura non può essere condivisa .

Ed invero, osserva il Collegio come nella specie nè il bando di gara nè la lettera d'invito imponevano alle imprese ausiliarie di presentare la dichiarazione ex art. 38 del D.lgs 163/2006 .

Ciò posto , atteso che l'obbligo di presentare la predetta dichiarazione non è – ex se- estensibile a soggetti terzi (in assenza di esplicito rinvio), ne

consegue che le imprese ausiliarie erano tenute a fornire le sole dichiarazioni espressamente richieste dall'art. 49, comma 2, lett. c) del medesimo D.lgs 163/2006 .

Infatti, nel regolamentare gli obblighi informativi che gravano sul concorrente che si avvalga di una impresa terza, il citato art. 49 prevede l'obbligo di fornire la sola "dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38", ricollegando la sanzione espulsiva al solo caso di dichiarazioni mendaci (di cui al comma 3 del citato art. 49).

Non v'è dubbio, pertanto , che la comminatoria di esclusione che la lex specialis di gara ricollega alla mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, nell'assenza di una formale e specifica estensione all'impresa ausiliaria, non può ritenersi applicabile a quest'ultima, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dall'appellante.

A ciò aggiungasi che secondo il più recente insegnamento della Sezione, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi , l'ambito di applicazione del richiamato art. 38 va riferito ai soli amministratori della società e non anche all'istitutore (cfr. Sez. V , 21 ottobre 2011 , n. 6136 ; 25 gennaio 2011 , n. 513).

La società aggiudicataria , quindi , non avrebbe comunque dovuto presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 relativamente al Sig. Aniello, non rivestendo quest'ultimo la carica formale di amministratore della Ecologia Falzarano.

In ogni caso, come correttamente rilevato dal primo giudice, quando il soggetto risulti in possesso di tutti i requisiti richiesti (cfr. certificato del casellario penale del Sig. Aniello) e la lex specialis non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione delle dichiarazioni stesse non produce

alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di falso innocuo , come tale inidoneo a legittimare l'esclusione del concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 2011 n. 6240).

2. Con il secondo motivo di appello Tekneko deduce l'erroneità della sentenza impugnata, laddove non ha accertato la violazione dell'art. 49 del D.Lgs 163/2006 .

Assume, al riguardo, che il contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria difetterebbe degli elementi qualificanti atti a garantire che il prestito dei requisiti non sia di carattere meramente formale, bensì connesso ad effettivi impegni dell'impresa ausiliaria (attraverso le forme dell'affitto di ramo d'azienda, del noleggio di attrezzature ecc.).

A suo dire , inoltre, l'impresa ausiliaria non avrebbe potuto cedere il requisito dell'iscrizione nell'Albo nazionale dei gestori ambientali attraverso la stipula del contratto di avvalimento.

2.1 La censura è infondata.

Osserva il Collegio, sul piano generale , come l'avvalimento previsto dal Codice degli appalti non sia imperativamente disciplinato dalla legge nei suoi aspetti formali e nel suo contenuto sostanziale .

Per quanto qui rileva, infatti , l'art. 49 del D.lgs 163/2006 si limita a disporre che il concorrente , in tale ipotesi , deve semplicemente allegare “ una dichiarazione.....attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara , con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”, nonché “ una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente .”

Ne deriva che per l'esistenza e l'operatività del contratto di avvalimento non sono necessari , in linea di principio , contenuti particolari e/o predeterminati , né specifiche tassative formalità, oltre a quelle specificate

dalla norma.

Nella specie, come risulta dal contratto depositato in atti, l'ausiliaria ha messo a disposizione il proprio requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali e la sua capacità economica secondo quanto prescritto dal richiamato art. 49, così rispondendo alla P.A., solidalmente con l'aggiudicatario, con tutta l'azienda per l'impegno assunto.

Pertanto, attesa l'operatività della clausola di generale (e solidale) responsabilità dell'ausiliaria e nell'assenza di specifiche prescrizioni normative, deve ritenersi irrilevante la mancanza di ulteriori formali impegni contrattuali (affitto ramo d'azienda, noleggio attrezzature etc.), ai fini della validità dell'intercorso avvalimento.

Per le stesse ragioni, deve ritenersi ammissibile anche la cessione del requisito dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, potendo il concorrente avvalersi di tutta l'organizzazione aziendale dell'ausiliaria in forza del contratto stipulato, anche con riferimento a detto requisito di qualificazione.

3. Con il terzo motivo d'appello Tekneko assume l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha accolto la censura con la quale in prime cure ha dedotto la lacunosità dei verbali di gara (che non avrebbero indicato se le sedute si erano svolte in seduta privata o pubblica, né dato atto della presenza dei rappresentanti delle imprese alle sedute medesime) , ed il difetto di motivazione in ordine all'attribuzione di 15 punti ad ambedue le concorrenti in relazione al “progetto servizi igiene urbana” dalle stesse presentato .

3.1 La doglianza non può essere condivisa.

Ed invero , con riferimento al primo profilo di censura , Tekneko non deduce espressamente la violazione del principio di pubblicità delle sedute , nè che il proprio rappresentante non sia stato messo in condizione di partecipare alle operazioni di gara.

La doglianza, infatti, è limitata a contestare la mera lacunosità formale dei verbali, senza collegare a tale circostanza alcun effetto sostanziale in termini di (anche solo possibile ed eventuale) vulnus alla propria sfera soggettiva.

In altri termini, non viene minimamente specificato quale pregiudizio abbia in concreto prodotto a Tekneko, la dedotta lacunosità dei verbali di gara.

Ne discende l'inammissibilità della censura per la sua assoluta genericità e per difetto di interesse dell'appellante alla contestazione di un profilo, in relazione al quale non viene evidenziato alcun specifico pregiudizio.

Il secondo profilo di censura è parimenti inammissibile.

Anche in questo caso, infatti, la doglianza è limitata a contestare in modo del tutto generico il difetto di motivazione con cui l'Amministrazione ha assegnato il punteggio di 15 (ottimo) al progetto di Diodoro, senza collegare a tale circostanza alcun effetto sostanziale in termini di diretto vulnus alla sfera soggettiva dell'appellante.

In altri termini, non viene evidenziata nello specifico alcuna illegittima sopravvalutazione del progetto in questione, né specificato quale sia di conseguenza l'effettivo punteggio da attribuire allo stesso né, soprattutto, comprovato come l'eventuale accoglimento della dedotta censura possa modificare l'esito della gara in favore di Tekneko.

Ne consegue all'evidenza l'inammissibilità della censura.

4. Con il quarto motivo di appello Tekneko deduce l'erroneità della sentenza, laddove non ha sanzionato l'omessa indicazione nei verbali di gara delle modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra della commissione.

4.1 La censura non merita accoglimento.

Dagli atti di causa, infatti, risulta che nella prima seduta il Presidente ha puntualmente specificato le modalità di custodia (in cassaforte) dei plichi, a cui il segretario doveva attenersi.

Tale accorgimento risulta pertanto oggettivamente idoneo a garantire

l'integrità e la conservazione della documentazione di gara.

Come precisato infatti dalla più recente giurisprudenza di questa Sezione , richiamata dalla stessa appellante , la custodia in cassaforte deve ritenersi quale “adeguata cautela” per la salvaguardia dei plichi.

Né, peraltro , l'appellante contesta nello specifico alcun segno di concreta manomissione della documentazione di gara , risultando quindi la censura dedotta in via meramente formale vieppiù inconducibile.

5. Con l'ultimo motivo di appello Tekneko deduce l'erroneità della sentenza impugnata , laddove non ha censurato la confusione operata dall'amministrazione tra criteri di valutazione e requisiti di partecipazione, prevedendo l'autonoma valutabilità di questi ultimi ai fini dell'aggiudicazione della gara .

5.1 La censura è priva di fondamento.

Per un verso, infatti , la doglianza si appalesa inammissibile costituendo una mera riproposizione del motivo già respinto dal T.A.R. senza che, tuttavia, l'appellante abbia mosso alcuna contestazione alle affermazioni rese sul punto nella sentenza impugnata.

Per altro verso, la censura è comunque inconducibile atteso che , come correttamente rilevato dal primo giudice, Tekneko non ha fornito la prova di come l'asserita valutazione dei requisiti di partecipazione abbia in concreto potuto alterare l'ordine della graduatoria, e ciò ancor più se si considera che l'offerta tecnica è stata valutata paritariamente tra appellante e controinteressata (identica valutazione di ottimo), e che l'appalto è stato conseguentemente aggiudicato al concorrente che ha formulato la miglior offerta economica.

6. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e come tale da respingere.

L'infondatezza dell'appello esime il Collegio dall'esaminare la memoria della società controinteressata, con cui sono state riformulate le censure dedotte con il ricorso incidentale e non esaminate dal Giudice di prime cure

in quanto assorbite dalla pronuncia di rigetto nel merito.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'intergrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge .

Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)